

CAPITOLO I

AUTONOMIA PRIVATA E REGIMI PATRIMONIALI

di *Maria Giovanna Cubeddu*

SOMMARIO: 1. Autonomia privata e rapporti patrimoniali. Il fondamento. – 2. Il principio di autonomia privata dei coniugi. – 3. L'autonomia privata tra disciplina dei regimi e disciplina delle convenzioni. – 4. Convenzione matrimoniale e contratto di matrimonio. – 5. Accordi programmatici e vincolatività. – 6. Autonomia privata tra poteri determinativi e autonormativi. – 7. I profili funzionali della scelta di «regime». – 8. La scelta del regime e l'atto di autonomia: regimi sostitutivi e regimi integrativi. – 9. L'atipicità del regime e la determinazione del contenuto. – 10. Disciplina parziale del regime e atipicità del regime. – 11. Autonomia interna, autonomia in ternazionale e armonizzazione. – 12. Le prospettive comuni di un modello opzionale.

1. *Autonomia privata e rapporti patrimoniali. Il fondamento*

Una trattazione odierna dell'argomento è inevitabilmente costretta negli ambiti tracciati dal legislatore del 1975. Fin dal principio può chiedersi in che misura essi corrispondano alle mutate relazioni familiari e alle attuali esigenze del diritto di famiglia¹.

In alcuni settori dei rapporti personali il diritto di famiglia ha conosciuto di recente un mutamento di prospettiva, nella maniera di quanto si è verificato con la disciplina riformata dell'affidamento condiviso, che muove nella salvaguardia dei diritti della persona da un generale principio di autonomia dei genitori².

Nell'ambito dei rapporti patrimoniali, da tempo, sull'esistenza di una autonomia privata dei coniugi non è più dato riscontrare voci critiche³.

¹ Così S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. ANELLI-M. SESTA, Milano, 2002, p. 3 ss.

² V., ampiamente, E. RUSSO, *Affido condiviso e attività negoziale determinativa dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 243 ss. per una compiuta analisi dei profili di autonomia nei rapporti familiari personali, v. G. AMADIO, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali. Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, in *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, p. 190 ss.

³ Per il superamento della concezione che sottintendeva al matrimonio l'attuazione di interessi pubblici, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, p. 39 ss.; A. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANNO, Artt. 48-158, Bologna-Roma, 1993, p. 10; G. FERRANDO, voce *Matrimonio civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XI, Torino, 1994, p. 237 ss.; ID., *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICCONE, Milano, 2002, p. 1775 ss.

Quel che continua ad impegnare gli interpreti è l'individuazione degli ambiti e delle modalità entro i quali essa si esplica⁴.

Il dibattito lambisce il fondamento stesso dell'istituto del matrimonio e coinvolge interessi che in parte oltrepassano il singolo rapporto coniugale, avuto riguardo alla funzione di tutela svolta dal diritto della famiglia quale essenziale struttura della primaria «formazione sociale»⁵.

In questo contesto può solamente darsi atto dell'interrogativo che accompagna le discipline della comunione legale e della separazione dei beni tra i coniugi. La loro coesistenza quali regimi tipici rivelerebbe una profonda contraddizione con un intendimento solidaristico della famiglia, il quale implica una partecipazione di entrambi i coniugi, con i propri beni, ai bisogni della famiglia nel suo complesso⁶.

Come da tempo osservato, argomentando dal sistema privilegiato dal legislatore della riforma, la funzione solidaristica, quale effetto legale del vincolo, si assume degli obblighi patrimoniali primari; mentre è lasciata ai coniugi la determinazione

⁴ Tra le opere essenziali, v. R. SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. CARRARO-G. OPPO-A. TRABUCCHI, Padova, 1977, I, 1, *sub art.* 159, p. 328 ss. e ora in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, Padova, 1992, III, *sub art.* 159, p. 3 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo VI, tomo I, sez. I, Milano, 1979, p. 1 ss.; E. RUSSO, *Convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, 1983, *passim*; E. ROPPO, voce *Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; M. SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario Utet*, Libro I, I, Parte III, Torino, 1983; G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1987, *passim*; A. GALLASSO-M. TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, *Artt. 159-230*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1999, *passim*; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999, *passim*; E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. IV, Milano, 2000, p. 436 ss.; S. P. ATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, *cit.*, p. 3 ss.; M. IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, *ivi*, p. 27 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto della famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 213 ss.; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 446; U. CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il diritto di famiglia. Trattato*, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, diretto da G. Bonilini-G. Cattaneo, II ed., Torino, 2007, p. 23 s.; M. COSTANZA, *Rapporti patrimoniali e autonomia privata*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato*, a cura di G. FERRANDO, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, p. 255 ss.; G. OBERTO, *sub art.* 159, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. BALESTRA, *artt.* 177-342 ter, Torino, 2010, p. 926 ss.

Per la dottrina precedente la riforma del '75, v., per tutti, G. TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, IV ed., Torino, 1963, *passim*; F.D. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1962, p. 264 ss.

⁵ Si leggano gli scritti di P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, *passim*; P. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *sub artt.* 29-34, Bologna-Roma, 1976. V., inoltre, l'evoluzione che si segnala tra le opere di A. C. ICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914; ID., *Lo spirito del diritto familiare*, nonché *Il matrimonio, la famiglia e lo Stato*, in *Scritti minori*, Milano, 1965, pp. 123 ss. e 231 ss., e l'insegnamento di F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, I, p. 380.

⁶ In argomento, v. A. FALZEA, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II Convegno di Venezia*, Padova, 1985, p. 62.

del «grado» di partecipazione solidaristica al patrimonio di entrambi o comune nella disciplina del regime patrimoniale⁷.

Due profili contribuiscono peraltro a temperare il quadro normativo. In primo luogo una funzione primaria di tutela è assolta dalla progressiva e costante accentuazione della funzione sociale del diritto della famiglia⁸, indirizzato non più verso una solidarietà di per sé immanente, ma verso una solidarietà legittimata dal principio di responsabilità del singolo nelle relazioni personali e patrimoniali in ambito familiare⁹.

Ancora, sebbene l'attuazione del principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sia garantita primariamente dai diritti e doveri che nascono inderogabilmente dal matrimonio, e non dalla disciplina regime patrimoniale, questo non comporta che il regime di comunione non sia espressione del suddetto principio; e che esso, per contro, avrebbe trovato esclusiva emersione nel principio di pari contribuzione alla vita in comune¹⁰.

Una siffatta conclusione non è coerente con il sistema dei rapporti personali e patrimoniali nel matrimonio. Da un lato poiché il principio di eguaglianza non può dirsi limitato ad una sfera dei rapporti tra i coniugi, e nell'ambito di questi, tra più sfere patrimoniali, ad una sola di esse. Inoltre tra gli interpreti non si dubita più che i profili patrimoniali dei rapporti tra i coniugi non siano riconducibili ad un unico settore, ma dipendano dalla interazione dei diritti e doveri di natura patrimoniale, durante il matrimonio (quali prevalentemente il diritto di contribuzione e i diritti di abitazione della casa familiare), la disciplina legale o convenzionale cui sono sottoposti i beni dei coniugi in costanza di matrimonio, oltre che le conseguenze di natura patrimoniale discendenti dalla crisi del vincolo coniugale¹¹. Infine, resta il dato oggettivo della funzione di correttivo assunta dal regime di comunione legale, rispetto al regime di separazione, ove la partecipazione di entrambi i coniugi è posta dal legislatore su un piano di parità sia con riguardo alla contribuzione della vita in comune, sia con riferimento alla realizzazione del patrimonio comune¹².

⁷ Ampiamente, F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 55; v. anche, G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 13 s.

⁸ In argomento, F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 446.

⁹ Sia consentito rinviare al nostro, *Solidarietà e autoresponsabilità nel diritto di famiglia*, in S. PATTI-M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 153 ss.

¹⁰ Sul punto, v. il nostro, *Rapporti patrimoniali tra coniugi: contribuzione paritaria*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, p. 678 ss.

¹¹ In un'ottica di comparazione degli ordinamenti, si rinvia ai lavori raccolti nel Libro verde su diritto internazionale privato del regime patrimoniale dei beni, in COM(2006) 400 def., 17 luglio 2006.

¹² Se come da tempo puntualmente osservato (così, F. ANELLI-M. SESTA, *Premesse generali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., XX) il principio di parità e di reciproca solidarietà può trovare una valida affermazione nel momento contributivo che si esprime nel c.d. regime patrimoniale primario, e ciò non è obiettivamente possibile con riguardo al momento distributivo del regime patrimoniale dei beni,

Sull'ispirazione e fondamento del regime di comunione legale in termini di «esaltazione, anche sul

2. Il principio di autonomia privata dei coniugi

L'autonomia dei coniugi nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia trova fondamento nell'art. 159 c.c., il quale, nel disporre il regime di comunione dei beni quale regime sussidiario legale, lascia ai coniugi la facoltà di optare per diverso regime¹³.

L'operatività del principio di autonomia si deduce altresì dalla sistematica accolta nel codice, laddove, posta la regola generale, il legislatore disciplina taluni elementi dell'atto di autonomia – la convenzione matrimoniale – che si traducono in requisiti di validità: quanto all'accordo (capacità, artt. 165, 166 c.c.); alla causa (diritti inderogabili, divieto di costituzione di dote, artt. 160, 166 c.c.); all'oggetto (criterio di determinatezza, art. 161 c.c.); alla forma (negoziato solenne, art. 162 c.c.); e di efficacia (modifiche e simulazione, artt. 163, 164 c.c.). Ancora esso si desume da norme successive (artt. 167 ss., 210 ss. c.c.), nonché da norme preposte (art. 158 c.c.) e norme extracodicistiche (l. div.)¹⁴.

Manca tuttavia una norma generale espressa e il termine autonomia non ricorre nella disciplina del regime patrimoniale della famiglia¹⁵.

In questa sede può solo accennarsi al dubbio che una siffatta norma sia indispensabile per lo specifico riconoscimento di ambiti di autonomia dei coniugi¹⁶ o se sia ancora valida la scelta compiuta dal legislatore della riforma, di disciplinare le forme di manifestazione di tale autonomia nel modo e nella misura in cui essa può influire su un mutamento degli schemi normativi prescelti¹⁷.

Invero, sebbene alla selezione operata in sede di riforma si accompagni una disciplina da più parti avvertita a tratti superflua e lacunosa¹⁸, può concordarsi con

piano patrimoniale, di quei valori di parità, solidarietà, affezione, fiducia reciproca, che dovrebbero idealmente qualificare il *consortium vitae*», v. G. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*, t. 1, *Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 1998, p. 623 ss.

¹³ V. per tutti, R. SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., sub art. 159, p. 3 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 1 ss.; G. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 21.

¹⁴ Così L. GATT, *Convenzioni matrimoniali: verso il superamento dell'orientamento dominante della Cassazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, p. 907 ss.

¹⁵ Una parte della dottrina (P. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 3 ss.; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 432) individua il fondamento dell'autonomia negoziale nelle relazioni familiari nel più generale referente nel sistema costituzionale delineato dagli artt. 29, 30 e 31.

¹⁶ Ampiamente, G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 6.

¹⁷ In tal senso, già, M.C. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 9 ss.

¹⁸ Ampiamente, P. SCHLESINGER, *Il nuovo regime patrimoniale tra coniugi. La contrattazione e la pubblicità immobiliare*, in *Diritto di famiglia. Società - Contrattazione immobiliare*, Milano, 1978, 30 ss.; ID., *I regimi patrimoniali della famiglia*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive, Atti del convegno di Verona 14-15 giugno 1985*, Padova, 1986, p. 126; E. RUSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 159-166 bis c.c.*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 6.

il rilievo che essa trova la sua giustificazione in una preventiva valutazione di interessi operata dal legislatore¹⁹. Di conseguenza, in osservanza dei principi espressi, l'indirizzo favorevole all'affermazione di un principio generale di autonomia negoziale nei rapporti familiari muove correttamente dai principi costituzionali di eguaglianza dei coniugi e dal superamento della concezione autoritaria dei rapporti familiari²⁰.

Per quel che concerne nello specifico lo strumento tipico in cui esso si esprime – le convenzioni matrimoniali – l'esplicazione di tal principio porta dunque a ricercare non su un piano astratto ma all'interno della disciplina specifica dei singoli accordi, i limiti dell'autonomia privata in base ad una concreta valutazione degli interessi dei coniugi, di familiari e terzi²¹. Questo conduce ad affermare l'esistenza di un ampio potere di autodeterminazione dei coniugi la cui esplicazione in un atto negoziale si rivelerà meritevole di tutela ogniqualvolta la fattispecie concreta non si traduca in un grave squilibrio di uno dei coniugi rispetto al modello di vita prescelto.

3. *L'autonomia privata tra disciplina dei regimi e disciplina delle convenzioni*

Il codice accosta a norme di carattere generale nella scelta del tipo di regime norme specifiche sull'atto tipico di autonomia, delle quali non sempre agevole risulta il coordinamento.

Una prima ricostruzione consente di riconoscere ad alcune delle norme inserite nel Libro I, Titolo VI, Capo VI, dedicato alle «Disposizioni generali» una portata che si estende a qualsiasi accordo intervenuto tra i coniugi a contenuto patrimoniale²².

Un tale valore è attribuibile, in primo luogo, alla scelta di sancire con la nullità una deroga ai diritti e doveri nascenti dal matrimonio (art. 160 c.c.). Analoga qualità acquista la disposizione dell'art. 161 c.c., nella misura in cui, vietando un rinvio generico a leggi o usi stranieri, dispone la nullità di una determinazione astratta del contenuto del contratto.

Da ultimo, A. ZACCARIA, *La responsabilità del notaio che abbia ricevuto una procura attribuitiva del potere di concludere convenzioni matrimoniali*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 775 ss.; C. RIMINI, *La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative*, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 412 ss.

¹⁹ Seguendo questa prospettiva, M. IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 48, con riguardo all'onere formale imposto per la stipula delle convenzioni, afferma che «appare plausibile ... che il legislatore della riforma ritenga il regime legale di comunione il punto di massimo equilibrio tra i coniugi».

²⁰ V. E. QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 229; P. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, *passim*; E. DEL PRATO, *L'autonomia nei rapporti familiari*, Milano, 1999, *passim*.

²¹ Così, S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 3 ss.

²² V. G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 6 ss.

Nel rinviare alla sede appropriata la trattazione dei singoli profili può dirsi che entrambe le norme richiamate rispondono a principi generali che, a loro volta, esulano dallo specifico campo patrimoniale. La prima si spiega in funzione di adeguamento del principio espresso nella disciplina del contratto dall'art. 1346 c.c. alla peculiarità dei rapporti familiari; la seconda funge da strumento di controllo «preventivo» – sebbene puramente formale secondo quanto appare da una prima lettura della disposizione – dell'atto di autonomia in termini di meritevolezza degli interessi²³, che connota le disposizioni in materia, e che trascende i requisiti di forma imposti per le convenzioni matrimoniali dall'art. 162 c.c., come dimostra la disciplina del fondo patrimoniale.

Nel presente lavoro può prescindersi dal quesito, noto alla trattazione specifica, se la costituzione di un fondo patrimoniale richieda una convenzione matrimoniale in quanto regime patrimoniale o meno. Certo è che la costituzione del fondo patrimoniale è stata configurata quale atto di autonomia, in ragione delle caratteristiche della sua disciplina, quanto alle parti, all'oggetto, al trasferimento dei beni e alla cessazione, nei sistemi di attribuzione e godimento dei beni nel contesto familiare²⁴. Dalla sua configurazione non pare tuttavia dedursi un generale divieto di esplicazione dell'autonomia privata dei coniugi in forma diversa dalla convenzione²⁵. Piuttosto, da essa si trae conferma dell'assunto secondo cui, tra gli atti di autonomia, alle «convenzioni matrimoniali» deve riconoscersi un contenuto non solo in vista della definizione di regole di appartenenza dei beni, ma di funzionalizzazione alla causa familiare-patrimoniale prescelta: di condivisione (nel vigore della comunione legale o convenzionale), di destinazione (in presenza di fondo patrimoniale)²⁶, di separazione; il cui valore causale costituisce uno degli elementi essenziali degli atti negoziali dei coniugi soggetti alle disposizioni speciali di cui agli artt. 159 ss. c.c.

²³ Nel senso che il giudizio di meritevolezza degli interessi non ha carattere soggettivo o extragiuridico e si risolve in una valutazione comparativa dei diversi interessi in gioco alla stregua del trattamento che quegli interessi ricevono nel nostro sistema di diritto positivo, v. M. NIZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *Famiglia e impresa: strumento negoziali per la separazione patrimoniale*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 1/2010, p. 34.

²⁴ Per una prima analisi, v. G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 6 s.

²⁵ V. E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 436 ss.

²⁶ Osserva G. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 624, che «costituzione del fondo, gestione e destinazione dei beni e dei frutti non configurano una limitazione dell'autonomia negoziale più di quanto la configurino la creazione di un qualunque patrimonio di destinazione e il rispetto della destinazione medesima».

4. *Convenzione matrimoniale e contratto di matrimonio*

La trattazione della materia in esame incontra un dichiarato ostacolo nel confronto cui essa è inevitabilmente assoggettata con l'istituto di antica tradizione del contratto di matrimonio²⁷.

La figura, contemplata nel codice del 1865, e integrata nel '42, è da più parti descritta di contenuto più ampio rispetto a quella della convenzione matrimoniale²⁸.

Nel codice civile del 1865 gli artt. 1378 ss. c.c. non fornivano una definizione e non offrivano una disciplina uniforme dell'istituto²⁹. Gli interpreti ritenevano che potesse configurarsi come contratto di matrimonio, con applicazione almeno parziale della disciplina, qualsiasi negozio, posto in essere dai coniugi o da terzi, avvenute causa nel matrimonio, tra cui donazioni obnuziali, mandato o procure, contratti di società³⁰.

Il codice del 1942 ha dettato nelle disposizioni degli artt. 165 e 166 c.c. significative modificazioni alle comuni regole sulla capacità a contrarre, al fine di estendere, per alcuni aspetti, la disciplina delle convenzioni anche ad altre stipulazioni o donazioni fatte nel contratto di matrimonio.

A seguito della riforma del '75 alla locuzione di contratto di matrimonio – di cui era menzione negli artt. 163 e 164 c.c., versione originaria, e che ancora residua nell'art. 166 c.c. – è stato preferito il termine «convenzione»³¹.

A tale modifica non si è accompagnata una compiuta formulazione del contenuto di tali atti, lasciando all'interprete il compito della ricostruzione delle singole fattispecie.

Preliminarmente è da chiedersi se il costante raffronto con la previgente disciplina del contratto di matrimonio non costituisca uno dei limiti intrinseci non tanto nella delineazione delle convenzioni matrimoniali quanto dell'intero ambito dell'autonomia patrimoniale dei coniugi, a cui le vie intraprese di restrizione o am-

²⁷ Sul significato tradizionalmente attribuito al contratto di matrimonio, v. G. TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 37 ss.

²⁸ F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 512 ss.; E. ROPPO, *Convenzioni matrimoniali*, cit., p. 1 ss.; E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 467 ss.; da ultimo, G. OBERTO, *Sub art. 159 - Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 963 ss.

²⁹ V. F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 431 ss.

³⁰ F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 512 ss.

³¹ Che ricorre negli artt. 159, 162, 163, 164, 165, 210, 211, 215 c.c.

Con l'art. 12, c. 2°, lett. C), della l. 28 novembre 2005, n. 246, Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005, l'espressione «contratti di matrimonio» di cui all'art. 48 l. not. è stata sostituita con quella di «convenzioni matrimoniali».

Si sottolinea in dottrina (v. F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 512 ss.; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 10) che il dato non sembra acquistare rilevanza decisiva se si considera che il termine si riscontra, nella materia contrattuale, soltanto, nella rubrica dell'art. 1322 c.c.

pliamento dei contenuti del regime, e di estensione a contenuti diversi dall'appartenenza dei beni devono di continuo rapportarsi³².

Al riguardo utili indicazioni possono ricavarsi da una breve analisi storica e comparata³³.

Per un verso, infatti, il legislatore italiano con la previsione di cui all'art. 159 c.c. si è discostato da un istituto – il contratto di matrimonio – pur imponendo per le convenzioni matrimoniali il medesimo rigore formale.

Peraltro, diversamente da quanto è accaduto in quegli ordinamenti europei – nei quali quasi contestualmente al nostro si è giunti ad una novellazione del diritto della famiglia e i cui sviluppi si presentano sotto vari profili paralleli³⁴ – la riforma del '75, nel riaffermare il principio dell'autonomia negoziale dei coniugi nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali³⁵, ha lasciato irrisolto il quesito della disciplina del contratto di matrimonio.

Di quest'ultimo una parte della dottrina riconosce che la convenzione matrimoniale, nel significato ristretto attribuitole dall'art. 159 c.c., conserva la funzione principale, ovvero la regolamentazione del regime dei beni³⁶. Essa se ne discosterebbe invece per la ampiezza ammessa negli ordinamenti che conservano un'impostazione del contratto di matrimonio basata su un concetto di ampia autonomia dei coniugi, non solamente nella fase della disciplina del regime di appartenenza, ed estesa al c.d. regime primario.

In questa prospettiva si è conferito al contratto di matrimonio, nell'ordinamento italiano, pur in assenza di una apposita disciplina, il valore di figura negoziale atipica, di cui le convenzioni matrimoniali, quali atti di regole di regime, a struttura tipica, costituiscono un contenuto eventuale³⁷.

L'impostazione rispecchia la disciplina diffusa in numerose esperienze straniere³⁸.

³² Per un compiuto raffronto tra la figura generale – contratto di matrimonio – e le singole convenzioni, v. F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 512 ss.; E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 467 ss.

³³ Ampiamente, v. S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 229 ss.

³⁴ Già, AA.VV., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975 e *ivi*, P. RESCIGNO, *L'eguaglianza dei coniugi nell'ordinamento dei paesi della comunità europea*, cit., p. 19 ss.; v. anche, U. MAJELLO, *Relazione introduttiva*, *ivi*, p. 3 ss.; nonché l'analisi di E. MOSCARINI, *Parità fra coniugi e governo della famiglia*, Milano, 1974, *passim*.

Più di recente, V. HENRICH, *La famiglia e il diritto in trasformazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, p. 1 ss.

³⁵ Sull'affermazione del principio, v. G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 7; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 3 ss.

³⁶ F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 512 ss.; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 10.

³⁷ F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 512 ss.

³⁸ Per una prima analisi, v. F. FANTETTI, *I contratti matrimoniali*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 537 ss. Per una prima ricognizione delle diverse discipline, si rinvia a G. RING-R. SÜß, *Eherecht*, Köln,

Tali contratti si conformano quali accordi pre- o nunziali, a carattere programmatico o dispositivo, il cui contenuto non sempre si riduce alla mera istituzione, integrazione o modifica delle regole di appartenenza dei beni durante il matrimonio, ma di frequente assume la finalità complessiva di sopperire al rifiuto della disciplina tipica in funzione compensativa o distributiva del patrimonio dei coniugi e di adeguare alle circostanze concrete la disciplina legale, con il dettare altresì le conseguenze patrimoniali della crisi del vincolo coniugale e toccare non di rado profitti successori³⁹.

Seguendo questa impostazione, tenuto conto della trasformazione intervenuta con il passaggio dall'istituto del contratto di matrimonio a quello della convenzione matrimoniale, nell'ordinamento italiano la progressiva attenuazione di una concezione «esterna» ai coniugi degli atti di autonomia negoziale riguardanti gli effetti patrimoniali del matrimonio, in una visione orientata estensivamente, porta ad ammettere la configurabilità di convenzioni matrimoniali di mera scelta di regime o parte di regime e convenzioni matrimoniali in senso lato, la cui disciplina di validità ed effetti dovrà desumersi sulla base di una concreta analisi di contenuto e funzione.

5. Accordi programmatici e vincolatività

La dottrina italiana da tempo lamenta la reale capacità dei c.d. contratti matrimoniali di rispondere alla funzione loro attribuita, poiché essi non possono che fondarsi su una previsione astratta di tali effetti, «necessariamente vaga e magari smentita in concreto dalla successiva evoluzione delle circostanze»⁴⁰.

In questa sede può osservarsi che uno degli effetti principali di siffatti accordi, da tempo acquisiti alle esperienze straniere, è la creazione di un collegamento funzionale tra i diversi ambiti di disciplina patrimoniale, legale e convenzionale; quindi, tra gli effetti del matrimonio, sia quelli oggetto dell'accordo delle parti che quelli ritenuti a contenuto non derogabile⁴¹.

Dal carattere programmatico talvolta assunto dai «contratti matrimoniali», non si fa discende tuttavia una minore propensione del principio di autonomia privata ad esplicitare i suoi effetti nell'ambito del diritto di famiglia⁴². Se mai, conforme-

2007, *passim*. V. anche, D. HENRICH, *Entwicklungen des Familienrechts in Ost und West*, in *FamRZ*, 2010, p. 333 ss.

³⁹ V. AA.VV., *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht* a cura di S. HOFER-D. SCHWAB-D. HENRICH, in *Beiträge zum europäischen Familienrecht*, Bielefeld, 2005, *passim*.

⁴⁰ V. G. GABRIELLI, *Trasferimenti fra coniugi e da uno od entrambi i coniugi alla prole*, in *Studium Iuris*, 2008, p. 917 ss.

⁴¹ Sulla dottrina del negozio giuridico familiare, connotato dalla tipicità degli atti e dall'indisponibilità degli affetti, v. già F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, I, p. 380.

⁴² Per una prima analisi della prassi tedesca, v. L. BERGSCHNEIDER, *Verträge in Familiensachen*,

mente ai principi generali dell'autonomia privata, la natura familiare degli interessi sottintesi funge da limite alla validità ed efficacia degli atti di autonomia ogniqualvolta sia riscontrabile una violazione della composizione degli interessi posta a fondamento degli effetti sui quali l'atto di autonomia si riflette, tale da privare di giustificazione causale gli stessi istituti di diritto familiare⁴³.

Questa ricostruzione permette di non trascurare l'insufficienza espressa delle regole di regime, come tradizionalmente intese, e interpretate in chiave di strumenti rivolti alla disciplina delle sole regole di appartenenza dei beni, volte a perseguire una mera distribuzione del patrimonio acquistato dai coniugi. Altresì essa porta ad accordare all'autonomia dei coniugi una più ampia disciplina delle conseguenze del matrimonio, in vista di una futura definizione concordata degli effetti della crisi coniugale e in funzione di una gestione negoziale che consenta di porre riparo a quelle che vengono indicate dai più quali lacune dei sistemi vigenti⁴⁴.

Quanto finora affermato, necessita riflessioni di più ampia portata sul rapporto tra il principio di autonomia e i rapporti familiari, su cui ora possono svolgersi solo alcune considerazioni di carattere generale, che coinvolgono gli interessi di natura personale sottintesi al diritto di famiglia.

6. *Autonomia privata tra poteri determinativi e autonormativi*

Tradizionalmente il concetto di autonomia negoziale è stato impiegato nell'ambito del diritto di famiglia per conferire un fondamento «causale» agli accordi di carattere patrimoniale tra coniugi.

Volendo tracciare un primo schema della materia, il dibattito si è svolto secondo un modulo, che potremo definire «crescente», che va dal contenuto del regime patrimoniale, al modello del regime, al piano degli effetti della crisi familiare. In quest'ultimo ambito si sono concentrati gli sforzi ricostruttivi più recenti.

Su un piano sistematico si è ribadito che il limite oltre il quale non può spingersi l'autonomia negoziale nelle relazioni familiari risiede nel «profilo determinativo», in quello cioè che è stato definito il «contenuto» determinativo degli obblighi legali⁴⁵.

A nostro avviso, l'impostazione va specificata rilevando come gli sviluppi che si osservano nella disciplina dei rapporti personali e familiari spostano l'indagine ver-

Bielefeld, 2006, p. 1 ss. Un efficace quadro degli sviluppi che si osservano in Inghilterra è opera di J. M. SCHARP, *Eheverträge im Recht von England und Wales*, in *FamRZ*, 2009, p. 1536 ss.

Per una indagine estesa ai profili della convivenza, v. AA.VV., *Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben*, in *Beiträge zum europäischen Familienrecht*, Bielefeld, 2009, *passim*.

⁴³ V. AA.VV., *Scheidung, Trennung - Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen*, Würzburg, 2008, *passim*.

⁴⁴ V. S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 3 ss.

⁴⁵ E. RUSSO, *Affido condiviso e attività negoziale determinativa dei genitori*, cit., p. 243 ss.

so una individuazione del limite dell'autonomia privata in ambito familiare nei diritti inviolabili della persona, che discendono dalle norme che si assumono cogenti o imperative.

È indubbio che i due profili siano tra di loro strettamente connessi, così come non può dubitarsi del legame costituzionale nell'individuazione dei diritti inviolabili. Per inciso deve porsi, però, l'accento sulla scelta consapevole verso la qualifica di tali diritti come diritti inviolabili e non indisponibili, data la diretta attinenza alla persona delle categorie sottintese; sebbene tale scelta porti con sé altri interrogativi circa i confini o la eventuale coincidenza tra le due categorie, e faccia sorgere il dubbio se nella materia può darsi diritto non disponibile ma non inviolabile⁴⁶.

Alcune osservazioni preliminari necessita altresì il richiamo alla funzione dell'autonomia privata nelle relazioni familiari. Il riconoscimento affermatosi in dottrina di una mera funzione determinativa, pur inteso nella sua accezione più lata, porta invero a negare, tra l'altro, nell'ambito dei rapporti patrimoniali, la costituzione dei c.d. regimi atipici. Occorre peraltro in primo luogo precisare chiarire che cosa si intende quando si ha riguardo alla funzione determinativa: determinativa del contenuto di una disciplina legale già esistente (negozio di rinuncia), o determinativa di un genere (regime atipico), od ancora determinativa di un istituto (contratti di matrimonio)?

Il terreno sul quale ci si muove è quello della individuazione degli interessi, rispetto al quale, come si è osservato, la conseguenza primaria, una volta specificati gli interessi di cui si tratta, è la diversa configurazione della qualità degli effetti prodotti dall'atto di autonomia⁴⁷.

La distinzione tra interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali ha condotto in primo luogo ad affermare solo rispetto agli ultimi – interessi non patrimoniali – la normale attitudine esclusivamente specificativa dell'accordo⁴⁸. Seguendo questa impostazione, la dottrina è giunta a tracciare, in presenza di accordi aventi ad oggetto interessi non patrimoniali, dei connotati diversi da quelli che caratterizzano di regola il negozio, che si muovono almeno in due direzioni: una prima di individuazione degli interessi (interessi privati o familiari) o dei fini (individuale o sociale) dell'atto; un'altra di conformazione dei mezzi.

Sulla base di tale distinzione il significato di autonomia è stato inteso con riferimento agli interessi non patrimoniali quale negoziazione del consenso individuale, come idonea ad escludere la valutazione di illiceità della condotta, non ad instaurare tra le parti una struttura precettiva relazionale bilateralmente vincolante.

Da questa impostazione discendono l'attenuazione della impegnatività; lo *jus*

⁴⁶ Per una prima lettura, v. E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 592 ss.

⁴⁷ G. AMADIO, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali. Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, cit., p. 190.

⁴⁸ G. AMADIO, *ibidem*.

poenitendi discrezionale attribuito ad entrambe le parti; la struttura non relazionale delle conseguenze dell'atto di autonomia.

Se questo vale per quei rapporti interfamiliari caratterizzati esclusivamente da interessi non patrimoniali, occorre chiedersi se le medesime conclusioni non debbano, almeno in parte, essere estese al cospetto di interessi patrimoniali. Il quesito, diversamente formulato, può esprimersi, se il perseguimento di interessi patrimoniali valga di per sé ad escludere l'operatività dei criteri individuati per le relazioni meramente personali.

Che una soluzione affermativa non sia corretta lo rivelano gli sviluppi che hanno riguardo agli accordi volti a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi nei conflitti familiari.

Le riflessioni appena svolte chiariscono che se il richiamo alla funzione determinativa dell'autonomia privata mira a rafforzare l'ammissibilità dell'autonomia privata nelle relazioni familiari intese come insieme di fenomeno strutturato secondo «norme cogenti», gli sviluppi che si osservano nella disciplina delle relazioni familiari accolgono (o meglio ammettono) una funzione non riduttivamente determinativa, bensì autonormativa delle relazioni familiari, nonostante il rilievo che rispetto ad essa assumono interessi non patrimoniali e stati della persona, il cui limite ultimo risiede non tanto nella individuazione di norme che si assumono cogenti, quanto nella tutela dei diritti inviolabili della persona e rispetto al quale rischia di rivelarsi «evanescente» il rinvio alle tradizionali antinomie della disponibilità o meno del diritto di cui si tratta.

Modificando la prospettiva, l'evoluzione in argomento può riassumersi avendo riguardo alle diverse teorie che hanno accompagnato la delineazione dell'autonomia privata nelle relazioni familiari: teoria dell'oggetto, teoria dell'interesse, teoria causale.

Alla teoria dell'oggetto possono ricondursi quegli orientamenti che individuavano i limiti dell'autonomia privata nei settori tradizionalmente individuati secondo la classica ripartizione tra pubblico e privato in ambito familiare.

Ad essa si è contrapposta, nel tempo, anche in ambito familiare, la teoria dell'interesse, secondo cui, posta la distinzione tra norme derogabili e norme cogenti, l'autonomia privata è ammessa, ed i suoi effetti si producono nella misura in cui l'effetto dell'atto di autonomia si conforma ai superiori interessi sottintesi alla disciplina legale; con conseguente operatività della regola del *rebus sic stantibus*. A questa si riconducono i richiami alla c.d. efficacia debole degli accordi determinativi e alla incidenza delle sopravvenienze.

Un'ultima teoria è quella del *Kernbereich*, sviluppata nell'ordinamento tedesco, che potremo tradurre come teoria causale.

Non diversamente da quanto accade nella materia contrattuale classica, il potere, non solo determinativo, ma normativo del privato si arresta di fronte allo snaturamento dell'istituto che si vuole disciplinare (*ex ante*), o alla fattispecie concreta che si deve valutare (*ex post*), rispetto al significato che esso assume nel contesto del diritto di famiglia, o più in generale delle relazioni familiari, come istituzionalizzate dalle fonti del diritto, in ragione dei suoi presupposti normativi o del fine ul-

timo programmato, di cui un esempio possono essere l'esclusione del regime legale o la valutazione della imperatività delle norme sull'impresa familiare⁴⁹.

7. I profili funzionali della scelta di «regime»

Una prima manifestazione dell'autonomia dei coniugi consiste nella scelta tra i regimi disciplinati dalla legge. La scelta può risultare dalla dichiarazione a favore di un regime diverso da quello legale. Questa espressione di autonomia assume di regola la forma di una opzione tra due modelli: comunione e separazione.

Alla scelta del regime si riconducono finalità dirette o mediate in funzione dell'interesse dei coniugi alla distribuzione della ricchezza all'interno della famiglia; alla tutela dei figli, in costanza di matrimonio ed eventualmente in caso di disgregazione della famiglia; alla limitazione della responsabilità per obbligazioni. Altre esigenze possono collegarsi più che alla scelta del regime, alla stipula di una convenzione matrimoniale su singoli beni⁵⁰.

Di tale scelta la dottrina più recente segnala la contraddizione rispetto a quella che viene ritenuta la finalità principale del regime legale, ovvero quella distributiva. Tra le ragioni di maggiore riflessione sono indicati il carattere derogabile della comunione legale, i limiti alla libera valutazione degli interessi in occasione del matrimonio; l'insufficiente disponibilità dei futuri coniugi ad affrontare temi di indole patrimoniale in una fase del rapporto normalmente dominata dai sentimenti⁵¹.

Questi dati si traducono in altrettanti limiti di effettività dell'atto di autonomia. Essi infatti, oltre a rivelare il confine di una volontà consapevole dei coniugi nella individuazione iniziale del regime, hanno indotto a riflettere sulla concreta efficacia del sistema legale a svolgere la funzione inizialmente auspicata, ed interrogarsi sul sistema complessivo di distribuzione patrimoniale nei rapporti matrimoniali⁵².

Sulla base delle considerazioni già svolte, può riproporsi l'interrogativo se non si renda necessario un ripensamento del dichiarato principio di neutralità del c.d. sistema distributivo dei beni in virtù del collegamento esistente nei rapporti familiari nascenti dal matrimonio⁵³.

Sviluppi convergenti si osservano negli ordinamenti continentali e rivelano una tendenza al rafforzamento della vincolatività degli accordi tra i coniugi o (vicever-

⁴⁹ L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa-S. Patti, II, Padova, 2008, p. 137 ss.

⁵⁰ Con riferimento ad esigenze di ordine fiscale, v. M. I EVA, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 32.

⁵¹ V. S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 10 ss.

⁵² V. C. RIMINI, *I principi e la prassi giurisprudenziale nel riconoscimento e nella determinazione del assegno di separazione e divorzio*, in *Dir. famiglia*, 2009, p. 333 ss.

⁵³ S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 229 ss.